

Resolução nº 42/94 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo: Um texto contaminado pela eiva da inconstitucionalidade – A necessidade do estudo de impacto ambiental

Fernando Reverendo Vidal Akaoui
Promotor de Justiça – SP

1. Introdução ao tema

Tamanha é a importância da preservação e defesa do meio ambiente que o Constituinte de 1988 reservou um capítulo próprio a tratar da matéria, o que verdadeiramente alçou o Brasil a possuir o mais moderno e completo texto constitucional nesta seara

Com efeito, afirmou a Constituição da República, em seu artigo 225, *caput*, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”

O Texto Maior criou, na verdade, uma nova categoria de bem, que foge da clássica dicotomia público/privado, e que se determinou chamar de difuso, pois é bem “de uso comum do povo”, pertencente a todos e a ninguém ao mesmo tempo, inclusive às futuras gerações, e impôs o Constituinte que este bem deveria ser preservado e defendido pelo Poder Público e toda a coletividade.

Assim, não pode o Poder Público simplesmente deixar de agir em face da notícia de uma potencialidade de dano ao meio ambiente, devendo coibir as construções, obras, empreendimentos e outras atividades que venham a causar danos ao bem difuso

A Constituição do Estado de São Paulo de 1989, sensível à imposição da Carta Magna, afirmou em seu artigo 191 que “o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico”

Afim de dar cumprimento ao texto constitucional, é necessária a implantação de verdadeira política nacional e estadual de meio ambiente, enaltecendo-se o megaprincípio de Direito Ambiental que é a prevenção.

Sobre o mesmo tema, assim já se manifestaram Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues: “Em sede principiológica de Direito Ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da prevenção. Esta é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis e irreparáveis. Por exemplo, como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? E as gerações futuras que serão afetadas? Ou uma floresta milenar que é devastada e que abriga milhares de ecossistemas diferentes, cada um possuindo o seu essencial papel na natureza? Diante da impotência do sistema e face a impossibilidade lógico-jurídica de fazer voltar a uma situação igual a que teria sido criada pela própria natureza, adota-se, com inteligência e absoluta necessidade, o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como verdadeira chave-mestra, pilar e sustentáculo da disciplina ambiental, dado o objetivo fundamentalmente preventivo do Direito Ambiental” ⁽¹⁾

A doutrina de Ramón Martín Mateo é no mesmo sentido, pois afirma este que “*en muchos campos la evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio. En el del ambiente esta estrategia es clave, ya que daños importantes irrogados al medio suelen tener secuelas graves y a veces irreversibles, caso por ejemplo de la contaminación atmosférica mundial*” ⁽²⁾

Esta consciência da prevenção não nasceu com a Constituição Federal vigente, pois sempre acompanhou o ordenamento jurídico ambiental pátrio.

A Lei Estadual Paulista nº 997, de 31 de maio de 1976, e seu Decreto regulamentador (nº 8.468, de 8 setembro de 1976) já prestigiavam a prevenção através da imposição de obtenção de licenças de instalação e funcionamento para operar as fontes de poluição que enumera.

A nível federal, podemos verificar que a Lei Federal nº 6.803, de 2 de julho de 1980, que “dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição”, prevê que “além dos estudos normalmente exigíveis para o estabelecimento de zoneamento urbano, a aprovação das zonas a que se refere o parágrafo anterior será precedida de estudos especiais de alternativas e de avaliações de impacto, que permitam estabelecer a confiabilidade da solução a ser adotada” (art. 10, § 3º), já trabalhando, portanto, com a necessidade de prevenção. Trata-se do primeiro

(1) “Manual de direito ambiental e legislação aplicável” São Paulo: Max Limonad, 1997, pág. 140

(2) “Manual de derecho ambiental” 2ª edición, Madrid: Trivium Editorial, 1998, pág. 54

texto da seara ambiental a introduzir a obrigação de apresentação de um estudo mais minucioso para obtenção de licenciamento em determinadas atividades que demonstram um potencial ofensivo ao meio ambiente mais amplo.

O caminho foi seguido pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981), posto que o licenciamento ambiental é corolário da mesma, impondo àquele que pretenda instalar, ampliar e funcionar obra, empreendimento, construção ou exercer atividade que possa causar degradação da qualidade ambiental, que antes seja fiscalizado pelo Poder Público, que deverá negar a autorização em caso de prejuízo à coletividade.

Reza o artigo 10 da citada lei federal que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

Também, o mesmo diploma legal diz ser “a avaliação de impactos ambientais”, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9º, inciso III).

Não bastasse a regra contida em lei federal, devidamente recepcionada pela Constituição Federal, que dispôs em seu artigo 24, que cabe à União e aos Estados legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI), reservando-se àquela primeira, entretanto, a competência para legislar sobre normas gerais (§ 1º), nosso Estado também o fez.

Acerca da matéria ponderou Paulo José Leite Farias que “na atual Constituição brasileira, que implementa o federalismo cooperativo distinto do federalismo dualista, a supremacia da União deve ser vista sob outro enfoque. No âmbito das competências concorrentes, substancialmente legislativas, à União compete editar normas gerais e aos Estados normas supletivas ou complementares, editando estes também normas gerais nos vazios da legislação da União (artigo 24 e seus parágrafos)”.⁽³⁾

É de se observar a lição de Paulo Affonso Leme Machado, para quem, “os estados e os municípios não perderam a liberdade de criar normas no concernente ao estudo de impacto diante da existência das normas federais

(3) In “Competência federativa e proteção ambiental” Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pág. 293.

Estas normas prevalecem em sua generalidade, mas o campo do estudo de impacto ambiental é amplo e não foi todo preenchido pela norma federal”⁽⁴⁾.

Assim, valendo-se da competência legislativa que lhe foi outorgada, a Constituição Paulista prevê em seu artigo 192 que “a execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. E continua em seu § 1º ao afirmar que “a outorga de licença ambiental, por órgão ou entidade governamental competente, integrante do sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais”.

É de se notar, portanto, que as atividades (em sentido lato) acima mencionadas, são obrigadas a serem licenciadas, para que então possam se instalar ou funcionar.

Ora, não se conhece ainda modo mais eficaz de salvaguardar o meio ambiente do que o prévio licenciamento da atividade (insistimos que em sentido lato) poluidora.

Daí que, no campo da ilegalidade e da inconstitucionalidade, temos que o artigo 57, do Decreto Estadual nº 8.468/76, que praticamente regulamenta toda a atividade da Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental – Cetesb, agência de controle ambiental no Estado de São Paulo padece destes vícios, pois traz rol extremamente conciso, e que não atende à determinação da Carta Magna, que quer o resguardo máximo do meio ambiente em face de toda e qualquer fonte de poluição através da fiscalização estatal, exercida pelo licenciamento, nos termos do artigo 10, da Lei Federal nº 6.938/81.

Assim, encontra-se revogado aquele artigo de lei estadual em face da regra geral contida na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, e que encontra consonância com a Constituição Estadual.

Invocando novamente a lição de Paulo José Leite Farias, temos que “a limitação da competência da União às normas gerais não significa que a legislação federal nessas matérias deva ater-se ao nível dos princípios e dos critérios, deixando a regulamentação dos institutos específicos à legislação estadual”.⁽⁵⁾

Mas, o mais grave ainda não foi mencionado, pois se a falta de licenciamento já se traduz em retrocesso dentro do campo ambiental, ainda

(4) “Direito ambiental brasileiro”. 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pag. 140.

(5) Obra citada, pág. 294.

mais levando-se em consideração as múltiplas atividades exercidas no território estadual, temos que a utilização de uma resolução inconstitucional como fonte de dispensa de um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente certamente choca mais. Senão vejamos.

2. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 42/94, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo

Com o fito de abraçar de fato os princípios da precaução e da prevenção, e garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinou (e não exortou) a Constituição Federal, que “para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: ... exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a publicidade” (artigo 225, § 1º, inciso IV, da CF).

Doutrinariamente não se nega ao estudo de impacto ambiental seu caráter eminentemente preventivo de danos ambientais, tanto é verdade que podemos abstrair de forma cristalina tal fato das palavras dos abalizados Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Édís Milaré, quando em sua festejada obra “Estudo Prévio de Impacto Ambiental” consignam que “qualificar e, quanto possível, quantificar antecipadamente o impacto ambiental é o papel reservado ao EIA, como suporte para um adequado planejamento de obras ou atividades relacionadas com o ambiente”⁽⁶⁾

Fugindo um pouco do aspecto jurídico, verificamos que o mencionado instituto se caracteriza, ainda, como verdadeiro “instrumento de planejamento que permite associar as preocupações ambientais às estratégias do desenvolvimento social e econômico e se constitui num importante meio de aplicação de uma política preventiva numa perspectiva de curto, médio e longo prazo”⁽⁷⁾. É, por certo, um instrumento de gestão ambiental, não apenas necessário ao resguardo do meio ambiente (como fator preponderante, evidentemente), mas do próprio empreendedor, que na ponta da linha, sofrerá, de maneira solidária, com os custos da recuperação do meio ambiente em caso de afetação negativa do mesmo em decorrência de sua atividade.

Já a conceituação do que seja impacto ambiental está contida no artigo 1º, da Resolução Conama nº 001/86, onde se lê que é “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta e indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da

população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais”

Na mesma linha de imposição da Constituição Federal, o Constituinte Paulista determinou no artigo 192, § 2º, da Carta Estadual, que “a licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no *caput* deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará publicidade, garantida a realização de audiências públicas”.

Quando a Constituição Federal consigna que a exigência do estudo prévio de impacto ambiental se dará “na forma da lei”, já encontra-se satisfeita diante da legislação em vigor, e que foi por ela recepcionada.

Com efeito, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor em seu artigo 8º, incisos I e II, que compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama “estabelecer, mediante proposta do Ibama, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo Ibama” e “determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional”, permitiu ao Poder Executivo que exercesse seu poder regulamentador acerca da matéria, sendo certo que assim este o fez.

A consequência da afirmação supra foi a edição do Decreto Federal nº 88.351/83, que disciplinou a realização do estudo de impacto ambiental, trazendo normas genéricas acerca do mesmo, e reafirmando a competência do Conama para fixar critérios e normas para a exigência e realização daquele instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 18, §§ 1º a 3º).

Sob a égide desta legislação é que foi editada a Resolução Conama nº 001, de 23 de janeiro de 1986, que de fato regulamentou a matéria acerca do estudo prévio de impacto ambiental, inclusive elencando rol exemplificativo de situações que presume-se sejam causadoras de significativa degradação ambiental, e que, portanto, estariam a necessariamente impor a apresentação daquela avaliação prévia.

(6) “Impacto ambiental” São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 14.

(7) BURSZTYN, Maria Augusta Almeida “Gestão ambiental” Brasília: Ibama, 1994, pág. 45.

Posteriormente, o decreto regulamentador da Lei nº 6.938/81 foi expressamente revogado, sendo substituído pelo não menos inovador Decreto Federal nº 99.274, de 6 de junho de 1990, que prevê em seu artigo 7º, inciso III, que “competete ao Conama: ... estabelecer mediante proposta da Seman/PR, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e pelo Distrito Federal”, mantendo, assim, a competência daquele Colegiado para fixar critérios e normas para a apresentação e realização de estudo prévio de impacto ambiental.

Como se verifica, toda a legislação infraconstitucional se encontra em harmonia com o Texto Magno, não havendo espaço para se falar em revogação de qualquer das citadas normas acerca da matéria.

Neste sentido é a lição do ilustre Magistrado Paulista Álvaro Luiz Valery Mirra, para quem “sob o aspecto material, no caso, não se verifica nenhuma incompatibilidade entre a produção normativa anterior em tema de estudo de impacto ambiental e as regras trazidas pela nova Constituição, ainda que se façam necessárias, conforme se verá adiante, novas leitura e interpretação dos dispositivos da Resolução nº 001/86 do Conama para adequá-los à nova dimensão dada à matéria pelo constituinte de 1988”⁽⁸⁾

Com todo o arcabouço jurídico acima citado em vigência, e à guisa de implementar uma maior agilização na tramitação do licenciamento das atividades modificadoras do meio ambiente previstas no artigo 2º, da Resolução Conama nº 001/86, a Secretaria de Estado do Meio Ambiente Paulista editou a Resolução nº 42/94, e que, infelizmente, padece de vícios insanáveis de inconstitucionalidade. Vejamos.

No item 1 de seu Anexo, a resolução estadual determina que “nos casos previstos no artigo 2º da Resolução nº 1/86, do Conama, o interessado requererá a licença ambiental, instruída com o Relatório Ambiental Preliminar – RAP, conforme roteiro de orientação estabelecido pela SMA”. Nos itens subsequentes traça outros critérios do procedimento sumário que pretende impor, para ao final do item 3, alínea b, permitir que a secretaria venha a dispensar a apresentação do estudo de impacto ambiental pelo requerente do licenciamento.

Inicialmente devemos apontar que o primeiro erro da resolução é presumir (ao menos é o que podemos extrair da leitura do diploma) que o rol do artigo 2º, da Resolução Conama nº 001/86 é taxativo, não cabendo apresentação de estudo de impacto ambiental em outras situações.

(8) “Impacto ambiental” São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, pág. 18.

Certamente que esta não é a leitura que devemos dar àquele artigo da resolução, tal como acima já apontado por Álvaro Luiz Valery Mirra, pois com a assunção da nova ordem constitucional, toda e qualquer atividade (em sentido amplo, insistimos) que seja potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, deve ter seu licenciamento precedido de apresentação e aprovação de estudo prévio de impacto ambiental.

Esta a colocação de Silvia Capelli: “Quais são as atividades capazes de gerar significativos impactos ambientais? O artigo 2º, da Resolução nº 1/86 do Conama, com os acréscimos advindos da Resolução nº 11, de 18.3.1986, e 5, de 6.8.1987 trazem rol dessas atividades. Esse elenco não é *numerus clausus* pois o *caput* do mencionado artigo, após utilizar a expressão tais como, arrola várias atividades modificadoras do meio ambiente, cujo licenciamento depende da elaboração de EIA/RIMA”⁽⁹⁾.

O segundo grande erro da resolução estadual foi permitir que se requeresse o licenciamento das atividades mencionadas no artigo 2º supracitado sem que, de imediato, fosse apresentado o estudo prévio de impacto ambiental pelo requerente.

Com efeito, a resolução que ora se analisa prevê que o interessado no licenciamento da atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental deverá apresentar Relatório Ambiental Preliminar, sendo certo que, somente após a análise deste, que trata a matéria afeta ao empreendimento de maneira perfunctória, é que se poderá exigir o estudo prévio de impacto ambiental, este sim instrumento capaz de resguardar o meio ambiente (quando elaborado dentro das exigências legais).

O terceiro, e mais grave dos erros, entretanto, foi o de prever a possibilidade de dispensa da apresentação do EIA/RIMA, pois certamente a Constituição Federal não previu tal conduta do administrador, e assim não quis que fosse, tanto que conferiu à União a competência para estabelecer normas gerais acerca da matéria concorrente. Esta foi estabelecida na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, da qual se originaram os demais diplomas que dão sustentáculo à exigência do referido estudo de impacto ambiental.

Invocamos mais uma vez a lição de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Édís Milaré, que consignam que “na doutrina tem prevalecido o entendimento de que as hipóteses de atividades estabelecidas pela Resolução nº 001/86 estão regidas pelo princípio da obrigatoriedade, segundo o qual a

(9) “Estudo de impacto ambiental na realidade brasileira”, in “Dano ambiental – Prevenção, reparação e repressão” coord. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1993, pág. 160.

Administração deve, e não simplesmente pode, elaborar o EIA. Vale dizer, o elenco constante do artigo 2º somente é exemplificativo para possibilitar o acréscimo de atividades, sendo, porém obrigatório quanto àquelas ali relacionadas. Há, por assim dizer, nesses casos, uma presunção absoluta de necessidade, que retira o EIA do âmbito do poder discricionário da Administração.”⁽¹⁰⁾

Na verdade, desde a vigência da nova ordem constitucional que não se verifica mais ampla margem de discricionariedade em matéria ambiental. Aliás, pouco ou quase nada sobrou ao administrador para atuar de maneira discricionária, pois, como bem aponta o douto Promotor de Justiça Paulista Philippe Augusto Vieira de Andrade, “convictos de que a atuação da Administração Pública, em matéria ambiental, passa distante, ao largo do cobiçado poder ou faculdade discricionária, concluímos no sentido de que, nessa questão, subsiste inafastável dever de atuar ou pautar-se vinculadamente aos parâmetros de regência, sem nenhuma margem de liberdade para opções, salvo para a adoção de postura que viabilize a máxima, além de ótima, excelente e inequivocadamente idônea salvaguarda do meio ambiente, ainda que necessariamente coarctando, limitando ou restringindo direitos de pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, sem quaisquer constrangimentos ou desconfortos, como é trivial nos regimes democráticos, sob pena de prática de ato inválido, írrito, maculado, enfermo pelo desvio de poder, sujeitando os responsáveis às sanções pertinentes, inclusive à luz das normas sobre improbidade administrativa (LF nº 8 429/92) e relacionada aos crimes e infrações administrativas ambientais (LF nº 9 605/98)”⁽¹¹⁾

E ainda que dentro da parcela de discricionariedade que lhe restou, o administrador público não poderia afastar-se dos princípios norteadores da Administração Pública em geral, pois como acentua Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o exercício legal da discricionariedade pressupõe não só a outorga dessa competência, implícita na lei que obriga a satisfação do interesse público pela Administração, como a exigência de um claro legal a ser preenchido, de modo a atendê-lo concreta e diretamente”. E continua o mesmo autor afirmando que “caracterizado o dever jurídico, pela dupla verificação desses pressupostos, a função discricionária de bem administrar é imperativa, inafastável, imposterável e, se desatendida, caracteriza a ilegalidade, seja por ação ou omissão”⁽¹²⁾. No que tange ao exercício deste poder-dever em face de questões afetas à defesa do meio ambiente, mostra-se de muito maior relevância

(10) Obra citada, pág. 31

(11) “Algumas reflexões sobre vinculação e discricionariedade em matéria ambiental”, in “Justiça Penal 6”, coord. Jacques de Camargo Penteado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 218.

(12) “Legitimidade e discricionariedade” 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, págs. 49/50.

a observância estrita dos pressupostos acima mencionados, pois que, mais do que a necessidade de satisfação do interesse público, há a necessidade de plena satisfação do interesse difuso, e que se consubstancia na correta preservação e defesa do meio ambiente, sem que se possa afastar qualquer forma de meio preventivo da ocorrência de danos ao meio ambiente.

Do que acima foi exposto, somente podemos chegar à conclusão de que a Resolução nº 42/94, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo, é inconstitucional.

A verificação de dispensa do estudo prévio de impacto ambiental quando a atividade seja potencialmente causadora de significativa degradação ambiental deverá ser objeto de impugnação judicial, buscando a declaração de inconstitucionalidade da resolução de forma incidental, e com a finalidade de exercício do controle indireto da constitucionalidade das leis e atos da Administração Pública.

3. A dispensa do EIA/RIMA como prática de ato de improbidade administrativa

Inequivocamente assustado com os desmandos e desvios de conduta que assolam as administrações públicas em geral, que convivem com administradores corruptos, relapsos, ineficientes, incapazes de gerir a coisa pública, e a garantir a integridade do bem de natureza difusa, o Constituinte dispôs na Carta da República, à disposição da coletividade (representada pelo Ministério Público) e da própria administração (certamente representada pela gama de administradores com reputação irretocável e competência conhecida), um forte instrumento de combate àquelas máculas acima apontadas.

Bem lembram Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior que “para impedir que se chegue ao patamar perigoso de uma conjuntura administrativa alimentada pelo descrédito e pela ineficiência, o legislador edita normas que previnam a corrosão da máquina, pela punição exemplar daqueles agentes públicos que atuam em flagrante dissonância com o mínimo ético”⁽¹³⁾.

Com propriedade o Magno Texto prevê que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (artigo 37, § 4º).

Certamente que ao dispor do texto acima mencionado tinha o Constituinte, em primeiro plano, garantir o cumprimento dos princípios da

(13) “Improbidade administrativa”. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 115.

administração pública previstos no *caput* do mesmo artigo 37, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, dentre outros que certamente também estão contidos ao longo do texto constitucional, seja de maneira explícita, seja implícita. Mais recentemente temos a introdução, através da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, do princípio da eficiência.

Afim de dar efetividade ao comando constitucional, o legislador ordinário introduziu em nosso ordenamento jurídico a Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”

Como já apontamos em trabalho anterior, em que a matéria afeta à improbidade já foi objeto de estudo em face da Administração Ambiental, “o enriquecimento ilícito como fundamento de sanções a agentes públicos não é novidade em nosso ordenamento jurídico, sendo que condutas e penas já estavam previstas nas Leis Federais nºs 3.164/57 e 3.502/58, popularmente conhecidas por Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei Bilac Pinto, respectivamente”⁽¹⁴⁾

Assim, em que pese a possibilidade de na dispensa do estudo prévio de impacto ambiental agir o administrador no sentido de obter para si enriquecimento ilícito, e até mesmo em algumas hipóteses poder causar dano ao erário, focalizaremos a questão quanto à terceira modalidade de ato de improbidade administrativa, prevista no artigo 11 da Lei Federal nº 8.429/92, qual seja, a que pertine à quebra dos princípios da administração pública.

O mais absoluto de todos na órbita de atuação do administrador é certamente o da legalidade, pois “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”⁽¹⁵⁾

Desviar-se o administrador daquilo que está contido na lei sem que venha a sofrer qualquer sanção de ordem administrativa, civil e penal é o mesmo que conferir-lhe um salvo conduto para agir de maneira arbitrária e em contrariedade com o interesse público e difuso

(14) AKAQUI FERNANDO REVERENDO VIDAL “Improbidade administrativa em relação à administração ambiental” In “Revista de Direito Ambiental”, nº 12. São Paulo: Editora dos Tribunais. págs. 94-99.

(15) MEIRELLES Hely Lopes. “Direito administrativo brasileiro” 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991, pág. 78.

Quanto ao princípio da moralidade, este também é de basilar necessidade de observância pelo administrador, pois, segundo preceitua Celso Antonio Bandeira de Mello, “de acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mesmo espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”⁽¹⁶⁾

Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra-nos de que “a moral comum é orientada pela distinção entre o bem e o mal, ao passo que a moral administrativa é orientada pela diferença prática entre boa e má administração”⁽¹⁷⁾

Portanto, a conduta do administrador que possa ser tida como imoral diante da falta de lealdade e boa-fé no exercício de seu mister, poderá ser ensejadora da prática de ato de improbidade administrativa, como bem apontado pelo ilustre Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Fábio Medina Osório, que atenta para o fato de que em geral a ilegalidade e imoralidade administrativa andam juntas, e configuram verdadeiros desvios de poder. Acerca deste último, consigna que “o desvio de poder calcado na imoralidade poderá resultar da traição de finalidades públicas e razoabilidade mais abrangentes e amplas do que aquelas especificamente consagradas na norma legal, disso derivando a constatação de que a imoralidade é um conceito constitucional vinculante cujo substrato indeterminado passa pela noção sistemática de interesse público primário, razoabilidade, proporcionalidade, os quais podem, por seu turno, ser contrariados mesmo quando o agente atenda, de modo mais específico, a sua competência legal”⁽¹⁸⁾

No campo de análise da Resolução nº 42/94 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo, ao dispensar o administrador a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental para atividades (em sentido amplo)

(16) In “Curso de direito administrativo” 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, págs. 72-73.

(17) “Curso de direito administrativo” 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1994, pág. 69.

(18) “Improbidade administrativa” 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, pág. 155.

potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, está ele a deixar de atender ao interesse público, na medida que ofende a outros princípios da administração pública, também

Embora possa não ocorrer com frequência, a possibilidade de dispensa da apresentação de EIA/RIMA pelo administrador abre larga margem a que ele se afaste de mais um dos princípios da Administração Pública, qual seja, o da impessoalidade

Com efeito, ao permitir a citada dispensa, mesmo que com necessária fundamentação, permite-se que possa ocorrer o desvio de finalidade por parte do administrador, com o intuito de satisfazer interesse privado, o que deve ser evitado em todas as formas.

Sobre o referido princípio já se manifestou o mestre Hely Lopes Meirelles consignando que "o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal". E arremata no sentido de que "o que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade".⁽¹⁹⁾

De importância ímpar a nossa sustentação é a quebra do princípio da eficiência, pois como podemos observar, apesar de novel na Carta Magna, já persegue a finalidade da administração pública de longa data.

Rapidamente devemos abordar o tema, tão cheio de nuances, não podendo ser sonogado que de nada vale a intenção do administrador em pretender realizar um bom trabalho frente a seu mister, se de fato não conseguir obter os resultados necessários à consecução do objetivo maior de toda administração pública, que é a plena satisfação dos administrados, perseguindo sempre a garantia e a manutenção de seus direitos, em especial aqueles que a Carta de Regência tenha nomeado como sendo fundamentais aos mesmos.

Portanto, o administrador que deixa de defender e preservar o meio ambiente, curvando-se a uma resolução inconstitucional, e que não traz o menor resguardo à manutenção do equilíbrio ecológico, não está sendo eficaz naquilo que a coletividade lhe outorgou, que é o poder de fazer valer as leis existentes dentro de nosso território, inclusive as ambientais.

(19) *Op. cit.*, pág. 81

Deverá ser este administrador ineficiente, incompetente naquilo que age como mandatário, punido severamente, até mesmo com o afastamento do serviço público, para o bem da coletividade, que integra a gama de bens de natureza ambiental que mereceram a defesa e preservação pelo Texto Maior. E esse afastamento deverá ser obtido através da declaração de que seus atos configuram improbidade administrativa, penalizando-o na forma da lei especial.

Assim, afastando-se o administrador público dos princípios acima traduzidos, incorre o mesmo em ato de improbidade administrativa, ficando sujeito às penalidades previstas na legislação especial existente.

Não resta dúvida de que, dispensando o órgão ambiental do Estado de São Paulo qualquer atividade (em sentido amplo) que seja potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, estará ele incorrendo em improbidade administrativa, a despeito de estar seguindo a determinação contida na Resolução nº 42/94, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

Nem se mencione que nestes casos, por estar seguindo o servidor, em caráter estrito, aquilo que está disposto em norma vigente de sua secretaria, não se configuraria o ato de improbidade administrativa. Aqui devemos invocar, analogamente, o entendimento dado para a caracterização de crime, afastando-se a excludente de culpabilidade da obediência hierárquica, quando a ordem seja manifestamente ilegal.

Sobre a matéria já se pronunciou Julio Fabbrini Mirabete no sentido de que "a dirimente exige que a ordem não seja manifestamente ilegal uma vez que, se flagrante a ilicitude do comando da determinação superior, o sujeito não deve agir".⁽²⁰⁾ No mesmo sentido a lição de Damásio Evangelista de Jesus, para quem "atualmente, não se admite mais o cego cumprimento da ordem ilegal, permitindo-se que o inferior examine o conteúdo da determinação, pois ninguém possui dever de praticar uma ilegalidade".⁽²¹⁾

Desta forma, não poderá o agente público que seja integrante de órgão ambiental dispensar a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental para atividades que sejam potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, pois o comando é constitucional, sendo flagrante o desrespeito da Resolução nº 42/94 em relação ao artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República.

4. Conclusões

a) a primeira parte do Anexo da Resolução nº 42, de 29 de dezembro de 1994, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente de São Paulo é flagrantemente

(20) "Manual de direito penal" V. 1, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, pág. 199.

(21) "Direito penal". V. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 436.

inconstitucional, por ferir o princípio da prevenção contido no artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que exige a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental a todas as atividades que sejam potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, contaminando, por conseguinte, toda a resolução, uma vez que seus artigos e demais partes do anexo daquela não conseguem se dissociar;

b) afim de combater a ilegalidade na dispensa do EIA/RIMA quando a atividade se demonstre potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, deverá o Promotor de Justiça ajuizar ação civil pública no intuito de exigir a elaboração daquele instrumento, requerendo-se, incidentalmente, a declaração da inconstitucionalidade da Resolução SMA nº 42/94;

c) o administrador público que dispensa a apresentação de EIA/RIMA para instalação, funcionamento, obra, construção e outras atividades que sejam potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente incorrem em ato de improbidade administrativa, ficando sujeitos às penas previstas no artigo 12, da Lei Federal nº 8 429/92

BIBLIOGRAFIA

- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal "Improbidade administrativa em relação à administração ambiental" In "Revista de Direito Ambiental", nº 12, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais
- ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de "Algumas reflexões sobre vinculação e discricionariedade em matéria ambiental", in "Justiça Penal 6", coord. Jacques de Camargo Penteado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e & MILARÉ, Édís "Impacto ambiental". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BURZYN, Maria Augusta Almeida "Gestão ambiental". Brasília: Ibama, 1994
- CAPELLI, Silvia "O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira", in "Dano ambiental - prevenção, reparação e prevenção", coord. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993
- FARIAS, Paulo José Leite. "Competência federativa e proteção ambiental". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha "Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável". São Paulo: Max Limonad, 1997.
- JESUS, Damásio Evangelista de "Direito penal", v. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. "Direito ambiental brasileiro" 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995
- MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho ambiental*. 2ª edición. Madrid: Trivium Editorial, 1998
- MEIRELLES, Hely Lopes "Direito administrativo brasileiro" 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de "Curso de direito administrativo". 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery "Impacto ambiental". São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo "Legitimidade e discricionariedade". 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

_____. "Curso de direito administrativo". 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

OSÓRIO, Fábio Medina "Improbidade administrativa" 2ª ed. Porto Alegre: Síntese Editora, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino & ROSA, Márcio Fernando Elias & FAZZIO JUNIOR, Waldo "Improbidade administrativa" 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.